

強 盜 致 死 傷 罪 (その二)

石 堂 功 卓

- 一 緒 論
- 二 強盜致死傷罪通論
- 三 第240条前段(以上1巻1号)
- 四 第240条後段(本 号)
- 五 第240条の刑事学的検討
- 六 結 論

四 第240条後段

(一) 序 説

さて、私は前段において故意犯説をつらぬいた。したがって、後段においても故意犯説を以て理解しようとするのである。第240条後段については、これを結果的加重犯たる強盜致死罪と、故意犯たる強盜殺人罪を含む規定であるというのが、通説であり、又、判例でもある。即ち、強盜犯人がしたのであれば、故意があろうがなかろうが、すべて(過失説によれば一定の限界はあるが)第240条後段を以て処罰されんとするのである。しかし、その論拠としては、大正11年12月22日の大審院連合部判決で示された理由を一步もでていない。大正11年をへだたることすでに40有余年の今日、これにつけ加えるべき何ものをももたないのであろうか。又、何らの変容なくしてこれを維持することが果して妥当であるかどうか。単に外部的な結果にのみ眼を奪われることなく、人間の内面的世界に価値の光をあてたのが近代刑法であるとするならば、故意と過失或いは無過失とを無差別に取扱うということは、いかにも不合理に思えてならないのである。強盜の機会に殺傷の結果は発生しやすいであろう。しかし、それは単なる経

驗的事実であって、規範的意味を離れた、事実の世界の出来事である。故意なくして死刑又は無期懲役というが如き、苛酷な刑罰を以てのぞまなくてはならぬ理由とするには、あまりにも規範的色彩を離れた政策論ではあるまいか。このような思索を出発点として故意犯説を展開するのである。

(二) 強盗殺人罪の性質

(1), 判例の検討

さて、本条の前身である旧刑法第380条に関しては、故意ある場合とない場合とをともに含むとするのが通説・判例であった。その一例を次に掲げる。

大判、明治38年3月30日、「刑法第380条ノ罪ハ強盗ガ他人ノ身体生命ニ生ゼシメタルトキハ其殺害ノ意思ニ出デタルト毆投ノ意思ニ出デタルトヲ分タズ強盗殺人トシテ論ズベキモノトス。」(刑録11・3・374ページ)

右判例は現行刑法施行後も、当初はしばらくの間維持されていた((イ)大判・明治42年6月8日・刑録15・5・728ページ、(ロ)大判・明治42年6月17日・刑録15・5・794ページ)。しかし、やがて明治43年にこれがくつがえされることとなった。すなわち、

大判、明治43年5月24日、「被告ハ殺人罪ノ実行ニ着手シタルニ、偶々被害者ガ之ヲ強盗ト誤認シ金円ヲ提供シタルヨリ、茲ニ被告ハ被害者ガ抜刀闖入ニヨリ危害ヲソノ身ニ迫リテ抵抗ノ余地ナキ状態ニアルコトヲ知り之ヲ利用シ、以テソノ提供シタル金円ノ占有ヲ奪取シ猶被害者ニ暴行ヲ加エ金品ヲ強奪シタル上、其ノ場ニ於テ被害者親子三名ヲ殺害シタルモノナレバ、其各所為タルヤ強盗致死罪ニ外ナラズ、然レドモ、本件ハ殺人ノ目的ヲ以テ其实行行為ニ着手後強盗ヲ為シ殺人ノ行為ヲ遂行シタルモノナレバ、1箇ノ行為ニシテ刑法第240条ノ強盗致死ト同第199条ノ殺人トノ2箇ノ罪名ニ触ルルモノノ併合罪ナリトス。」(刑録16・922ページ)

もっとも、上記判例は当初は殺人の目的であったのであるから、通常の強盗殺人の場合とは異なるが、のち間もなく典型的な強盗殺人についても

同趣旨の判決が下されることになった。すなわち、

大判、明治43年5月31日、「被告ハ当初ヨリ右吉次郎ヲ殺害シ因テ財物ヲ強取セントスルノ意思ヲ以テ判示ノ如キ所為ニ及ビタルモノナレバ、右被告ノ所為ハ一方ニ於テ殺人罪ヲ構成スルト同時ニ他方ニ於テ強盜致死罪ヲ構成シ、所謂1箇ノ行為ニシテ2箇ノ罪名ニ触ルル牽連犯ニ該当スルモノトス。」(刑録16・1012ページ)

周知のごとく、この判例の趣旨はその後多くの判例によって繰り返され、当時の判例として確定したのである((イ)明治43年10月27日、刑録16・1764ページ、(ロ)大正4年2月26日、刑録21・164ページ、(ハ)大正7年10月9日、新聞・1474・25ページ)。この判例は約10年余の間生きつづけたが、遂に大正11年に至ってくつがえされた。すなわち、

大審院連合部判決、大正11年12月22日、「從來本院判例ノ趣旨ニ依レバ、強盜人ヲ死ニ致スノ罪ハ殺意ノ有無ニ拘ラズ成立スルモノニシテ殺人罪ト全然性質ヲ異ニスルモノナルガ故ニ、強盜故意ニ人ヲ死ニ致ストキハ一行為ニシテ刑法第240条及ビ第199条ノ2罪名ニ触ルルモノトシテ第54条ニヨリ処断スベキモノトナセリ。蓋シ此ノ論理ニ從フトキハ、強盜人ヲ死ニ致スノ罪ハ殺意ノ有無ニ拘ラズ成立スルモノニシテ、殺意ノ存在ヲ許サザル傷害致死罪ト全然性質ヲ異ニスルガ故ニ、強盜殺意ナクシテ人ヲ死ニ致シタル場合ニハ強盜致死罪ト傷害致死罪トノ2罪名ニ触ルルモノトシテ第54条ニヨリテ処断セザルベカラザルノ結論ヲ生ズルモノナルコト明白ナリトス。然ルニ本院ニ於テハ未ダニコノ擬律ヲ是認シタルモノナキノミナラズ、之結論ノ不当ナルヤ疑ヲ容レズ。加之強盜致死罪ハ強盜故意ニ人ヲ死ニ致シタル場合及傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル場合ヲ包含スルモノナルコトハ夙ニ本院判例ノ是認スル所ニシテ、即チ本罪ハ強盜罪ト殺人罪トノ結合罪又ハ強盜罪ト傷害致死罪トノ結合罪ニ外ナラズト解スベク、凡ソ結合罪ハ之ヲ組成スル各罪種ヲ包括シテ重キ一罪ヲ構成スルモノニシテ、此結合罪ト各罪種トガ独立シテ数箇ノ罪名ニ触ルルモノト為スベキモノニ非ザルハ法律ガ特別ノ結合罪ヲ認メタル精神ニ照シテ明白ナルガ故ニ、特別結

合罪タル強盜殺人罪ニ付テハ止ダ刑法第240条後段ノミヲ適用スベキモノニシテ、更ニ重複シテ第199条ヲ適用スベキモノニ非ズ。」(刑集1・815ページ)そして、右判例が現在もなお生きつづけているのである。

(2), 学説の検討

第240条後段については、学説がわかれているが、大別して三説にわかちうる。以下各説について批判検討を加えてゆくことにする。

i), 第一説は、結果的加重犯たる強盜致死罪の規定にして、故意犯たる強盜殺人を含むものではない、とする。この説は、明治43年5月24日の判例と一致する。まず、小野博士は説かれるのである。すなわち、「聊も殺意ある場合と無い場合とは其の情状において大なる差異があるのであって、軽々しくこれを同一視して規定したものと解することはできない。やはり旧判例(大判・明治43年5月24日・刑録16・922ページ—著者注—)が正当であったと思われる。」¹⁾と。次に、尾後貫教授も、「第240条は前段後段の両規定を含めて、これは結果的加重犯である。『死ニ致ス』という用語そのものが既に、これを示すものといわなくてはならない。」²⁾とされるのである。古くは大場博士³⁾、更に滝川教授⁴⁾、井上教授⁵⁾もこの説をとられる。たしかに、相当有力な説ではある。しかし、この説も詳しく分類するならば、強盜が故意に人を殺したときに、強盜致死罪と殺人罪との併合罪と解する立場⁶⁾と、強盜致死罪と殺人罪の想像的競合と解する立場⁷⁾と、強盜罪と殺人罪の併合罪と解する立場⁸⁾と、更に強盜罪と殺人罪の牽連犯と解する立場⁹⁾との4つにわかちうるのであるが、いずれも殺人罪との想像的競合を認めている点には共通のものがあるといえる。ところで、この説は、故意ある場合とない場合とは本質的に異なるから、同一法条に包含しきれないものである、ということを論理的前提としている。この点は真に正しいといえる。論理的に異質のものを同時に規定することは法理論的に好ましくないことといわねばならない。もっとも、この点に関しては、「現実の刑法は必ずしも理論的純粋性を貫いているともいいかねるのであって、強盜の際生じた死傷の結果に重きを置き、それが故意によるものかどうかを問わ

ずに重刑を以て臨むということも決して考えられないことではない。」として通説を支持する見解もある。¹⁰⁾ しかし、刑法上結果的加重犯（いわば過失犯）と故意犯との区別は重大である。のみならず、本条の刑罰が極めて重いことをかえりみるならば、単純に理論的純粹性を拋棄する立場はこれを取りえないものとする。

かくして、この説は一箇の法条を統一的に理解すべしとする点においては、故意犯説と全く共通のものをもっているにもかかわらず、これを結果的加重犯の規定であるとする点において、全く反対の立場をとるものである。

第一説に反対する理由は、およそ次のように纏めることができようか。すなわち、第1に、結果的加重犯説の立場にたつと、第243条の存在が合理的に説明できないであろう。井上・滝川・小野の諸家は、第243条を目して強盜そのものが未遂に終わった場合の規定であるとするが、¹¹⁾ その妥当性を欠くものであること既に通論の部で論じたところである。そこで、尾後貫教授は、「結果的加重犯ということは、結果の故を以て刑を加重するのである。してみれば、その未遂を罰するというがごときは、たとえこれを罰する旨の明文規定があってもこれを処罰することはできない。」¹²⁾ とされるのである。即ち、第243条は無意味の規定、いわば立法上の過誤ということになるであろう。しかし、第128条を規定するにあたって、第126条第1項第2項を掲げながら、第3項（結果的加重犯）を除外している程の用意周到な立法者に、かかる稚拙な過誤があったとは思われないのである。このこともまた、既に論述したところである。¹³⁾

第2に、この説の中で、故意のある場合には強盜致死罪と殺人罪との想像的競合と解する立場は、結果的加重犯と故意犯とは本質的に異なるとしながら、結果的加重犯たる強盜致死罪と故意犯たる殺人罪の想像的競合をみとめることは矛盾するであろう。又、強盜致死罪と殺人罪の併合罪だとする説も、死亡という一箇の事実について第240条後段と第199条との双方から、いわば、二重に刑事責任を認めるということをして、いかに合理化する

か問題であろう。¹⁴⁾

第3に、この説の中で、故意ある場合には強盗罪と殺人罪の牽連犯であると解する立場は、故意のある方が故意のない方よりも軽く罰せられる可能性がでて来る。そこで大場博士は、「斯くの如く解釈するときは、殺人の情状重くして之を厳罰するの必要あるときは其既遂の場合に於て死刑の言渡を為すをうるは勿論未遂の場合に於ても亦死刑の言渡を為すことを得べし。故に法文の示すが如く解釈するも何等不都合を生ずることなきを以て特に附会の解釈を採用するの必要毫も存することなし。」¹⁵⁾とせられている。しかし、この説は情状の軽いときの考慮を忘却している。情状の軽い場合、既遂のときは3年の懲役、未遂のときは1年6カ月の懲役にまで下げうるのであって、第240条の刑罰の最下限が無期懲役であることに比して、いかにも均衡を失しているといわなければならない。¹⁶⁾のみならず、これを裁判官の純粹裁量に委ねていることも妥当であるか疑わしい。同様のことは強盗罪と殺人罪の併合罪であるとする説についてもあてはまると考えられる。

第4に、この説は、法文が、「死ニ致ス」となっていて、「殺ス」となっていないことを根拠に掲げる。しかし、その用語法にこだわるならば、法文は、「因テ死ニ致シ」とならなくてはならないはずである。¹⁷⁾しかし、翻って考えれば、「死ニ致ス」ということも、「因テ死ニ致ス」ということも、更に、「殺ス」ということも、結局は人の生命を断絶させることである点では変わらないのであって、「死ニ致ス」という用語法が通常結果的加重犯の場合を示すものであるとしても、これに必ずしもこだわる必要はない。法解釈において立法者の意思は単なる参考にすぎず、法はその妥当する法社会の変遷に応じて合理的に認識されなくてはならない。立法者意思探求説は、法が常に流転してやまない現実の法社会を対象とするものであることを忘却した理論である。

第5に、本条の刑罰がいかにも重い、という点も決して看過しえないものがある。このように極刑をもって臨むには、重い結果について故意のな

かったものまでも含めるのではない、ということが前提となるべきであろう。

ii), 第二説は、第240条後段を結果的加重犯と故意犯とを含む規定である、とする。そして、第243条はこの故意犯即ち強盗殺人罪の未遂を罰する規定である、とするのであり、通説¹⁸⁾、判例¹⁹⁾のとる立場である。

本条の沿革からすれば、この立場が立法者の意思に最も忠実な見解であることはいうまでもない。しかし、筆者がここで指摘するまでもなく、本条の原型であり母胎であるところのボアソナード草案第426条は、結果的加重犯と故意犯とを明白に区別し、刑罰に差異を設けていたのであって、明治の立法者達が、旧刑法第380条を制定するとき、結果的加重犯と故意犯とを混同し、ともに同一刑罰を以て臨むという立法上の過誤をおかしたものとみなさざるをえない。かかる過誤にもとづく立法者の意思が、法解釈の命運を決定づけるような、権威と価値とをもちうべきものでないことは明らかである。のみならず、立法者意思探求説が法解釈の常道でないこと前述したごとくである。

ところでこの説は、故意ある場合も第240条後段のみを適用すれば足り、第一説のように、第199条、第203条、第236条等を加味しなければならないというのではないから、その限りでは法適用を簡明ならしめる長所のあることはいうまでもない。しかし、筆者は次の3点においてこの説を支持することができないのである。

第1に、法理論的にみて、全く同一の法文が故意犯たる面と結果犯（判例）あるいは、過失犯（通説）たる面とを矛盾なく統合しうるであろうか、という第一説によって示された理由からである。現行刑法上故意ある場合とない場合、あるいは過失ある場合とは本質的に異なる。故意なき場合は犯罪として成立せず、過失ある場合は、これを罰する明文の規定があって、はじめて罰せられるものである。しかるに判例は故意なき場合をもある場合と同じように処罰せんとするものであり、通説は過失の可罰性の範囲を不当に拡大せんとするものであって、これは刑法第38条第1項に反

するといわなければならない。

第2に、この説は、実際の運用にあたって極めて不当な結果をもたらすことになるであろう。例えば、強盗の意思で屋内に侵入し、家人と格闘中誤って赤児を踏み殺した、というような場合を想定してみれば明らかである。この場合は犯人に殺人の故意は全くなかったのであって、強盗するためには殺人をも敢えて辞せずとして被害者を殺した犯人とは、本質的に異なるものがあるといわねばならない。しかるに、判例・通説によれば、このような過失致死までも、それが強盗の機会においてなされたものであるからという唯それだけの理由で、強盗致死罪の刑責を負わしめ、死刑又は無期懲役という重刑を以て処断せんとするものである。無論、情状酌量ということも考えられるであろう。しかし、そうした場合、法律上の規定があるわけではないから、死刑を以て処断することは何ら違法の問題の生ずる余地なく、被告人にとって極めて不当であることは明らかである。そもそも故意があろうと無かろうと死という結果が発生すれば、それだけで第240条後段を発動せしめるに充分であるとする態度は、近代刑法の根本思想を裏切るものであるといわなければならない。

第3に、本条の刑罰が極めて重いということに注目する必要がある。ここで法が結果的加重犯を認めた趣旨を想起しよう。一定の犯罪を故意を以て実行し、その結果行為者の予期しない重い犯罪事実を結果せしめたとき、その基本たる犯罪の故意犯と重い結果の過失犯の想像的競合とするのでは軽きにすぎ、さりとて故意なき以上重い結果の故意犯とすることはできないというとき、基本的犯罪の故意犯よりも重く、重い結果の故意犯よりも軽くという考慮に基づいて、結果的加重犯の概念が導き出されてきたのである。そこで、本条についていえば、ラードブルフの指摘²⁰⁾をまづまでもなく、それが結果的加重犯の規定、あるいは、結果的加重犯を含む規定であるとするならば、基本たる犯罪即ち強盗よりも重く、重い結果即ち殺人よりも軽いというのがその刑罰の定め方であらねばならない筈である。しかるに、本条においては、重い結果即ち殺人の故意犯について定

めた刑（199条）よりもはるかに重い。これを結果的加重犯の規定であるとは到底思えないのである。

いま、例えば、故意をもって人を殺害したならば、殺人罪としてその刑は死刑又は無期もしくは3年以上の懲役である。しかるに、故意なくして単に過失があったにすぎないときは、過失致死罪として、その刑は千円以下の罰金である。刑法の故意と過失を区別すること実にかくのごとしである。ひとり第240条のみ故意と過失を同視してよいはずはない。個人自由の保障という点からいっても、憲法第36条にいわゆる残虐刑禁止の趣旨からいっても、本条後段を、強盗致死罪の規定、あるいは強盗致死罪を含む規定である、と解することはできないのである。

iii), そこで、筆者は第三説、すなわち、故意犯説の立場にたって、第240条後段は故意犯たる強盗殺人罪のみの規定であるとする。本条の刑罰が極めて重いのは、人を殺してまでも他人の財物を奪取せんとする犯人の反規範性、反人倫性、反社会性の大きなるを慮っての結果であって、単に、強盗の機会には殺傷等をともないやすいからという、消極的、没価値的、かつ政策的な意図に基づくものではないと考えるのである。第一説及び第二説をとりえないものとするならば、結局本条を故意犯説をもって理解する以外はないということになるからである。つまり、刑法第38条第1項の原則を本条に及ぼし、責任主義の中に之を同化せしめるのである。即ち、本条は強盗が故意を以て人を殺害する強盗殺人罪についての規定である、とする。故意なくして人を殺害するに至りたるときは、結果について過失があったか否かによってこれを区別し、もし過失があれば強盗罪と過失致死罪とが成立し、併合罪となり、もし過失がなければ強盗罪のみが成立する。

この説は、第一に、刑法第243条の説明を合理的になしうるし、第二に、故意のある場合とない場合とを混同することを避け、理論的純粹性を貫く点ですぐれているが、更に、第三に、本条の刑罰が極めて重い所以も当然に理解しうるのである。第240条について、これを故意犯説で理解せ

んとする説は未だ現われないのであるが、故意犯原則説はすでに現われていることを注意すべきであろう。²¹⁾

立法論としては、故意ある場合とない場合とを区別し、刑罰も軽重ところをえて規定されるべきであろう。この意味で、今次の改正刑法準備草案第344条と第345条とは、量刑の当否はともかくとして、改正の方向は当をえたものといわなければならない。故意犯説による刑罰が軽きにすぎるという傾向もかくして是正されることになる。しかし、立法の不備を人民の不利益に帰せしめるということは妥当でないのであって、現在の法解釈としては、右の結果に甘んじなければならないということになるだろうか。²²⁾

- 1) 小野・各論・244ページ。
- 2) 尾後貫・講座(Ⅳ)・860ページ。
- 3) 大場・各論上・614ページ。
- 4) 滝川・各論・133ページ。
- 5) 井上・各論・132ページ。
- 6) 大判, 明治43年5月24日, 刑録・16・922ページ。小野・前掲書・244ページ。尾後貫・講座(Ⅳ)・860ページ。
- 7) 滝川・前掲書・132ページ。但し, 多少疑問なきをえない。
- 8) 井上・前掲書・131ページ。
- 9) 大場・前掲書・616ページ。
- 10) 中野・前掲書・207ページ。
- 11) 井上・前掲書・133ページ。滝川・前掲書・133ページ。小野・前掲書・245ページ。
- 12) 尾後貫・講座(Ⅳ)・860ページ。
- 13) 草野・前掲書・290ページ。
- 14) 江家・前掲書・254ページ。
- 15) 大場・前掲書・616ページ。
- 16) 木村・前掲書・26ページ。
- 17) 刑124条2項, 126条2項, 205条1項, 213条, 216条, 219条, 221条, 241条, 261条。
- 18) 斎藤・前掲書・305ページ。江家・前掲書・253ページ。小泉・前掲書・244, 247ページ。牧野・各論下・656ページ。草野・前掲書・287ページ。木村・前掲書・123ページ。植松・前掲書・698ページ。団藤・前掲書・351ページ。泉二・各論・746ページ。宮本・前掲書・362ページ。

19) 前掲大正11年12月22日の大連判の外、例えば、大判・大正12年2月5日（法律新聞2101・22ページ）、同大正12年2月26日（法律新聞2118・17ページ）、同昭和6年11月18日（評論21・刑法27ページ）、同昭和8年11月30日（刑集12・2177ページ）など多数。

20) ラードブルフは、次のように指摘している。すなわち、「結果的加重犯の刑は、その重き結果に向けられた刑より軽くなくてはならない。今日この点が、非常に多くの場合等閑視されている。」と。

Vgl. Radbruch, *Erfolgshaftung ; Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländischen Strafrechts ; Allg. Teil, II. Band ; 1908, S. 236.*

21) 草野・前掲書・286ページ以下。

22) この点に関連して、小林教授は、刑法240条後段につき次のように説かれる。すなわち、「通説のような主張が、……刑事学的理由に基づくところにあるとすれば、前述した強盗の機会に生じたすべての致死傷の結果にまで、240条の適用を広げることになる。」とされた上、「そうだとすれば、強盗の機会云々を認めながら、この場合についての犯罪を通説に反して二罪であるとする態度を採ることは、矛盾を含む見解だといわなければならない。」（小林好信・強盗致死傷＝刑法講座6巻・69ページ）と。しかし、強盗の機会云々を認めるか否かに焦点があるのではなく、むしろ、小野博士の主張されるごとく、「強盗の機会において」というのは、単に必要条件にすぎないのであって、殺意があったか否かに焦点を合わせて考察すべきである。

（三）強盗殺人罪の未遂

次に強盗殺人罪の未遂についてであるが、これは、いうまでもなく、240条と243条との関連について問題となるわけである。周知のごとく、刑法243条は240条の未遂を罰すると規定しているが、ここでの未遂罪は、強盗が未遂の場合なのか、それとも殺人が未遂の場合なのかについての問題が提起されるわけである。

いうまでもなく多数説は、243条の未遂罪は殺人の未遂の場合であるとするのであるが、これに対して、小野・滝川・井上などの諸学者は強盗の未遂の場合に限るとするのである。こうした学説の対立は、これまで論述したところより明らかなように240条に故意犯を含ましめるか否かにかか

ってくるわけであり、純粹に結果的加重犯のみであるとする立場からは、240条の未遂は強盜そのものが未遂の場合に成立することになるのである。このように理解しなければ、240条に関する限り、243条は空文化し、まさしく立法の過誤であるということになるからである。しかし、こうした理解が当をえていないものであることについては、前述した通りであり、また、多数説の主張の中にも指摘されたところである。こうした主張に対して、多数説の論拠は、団藤教授の主張されるように、「致死傷のばあいをとくに重く罰するのは、明らかに本罪の主要な保護法益が生命、身体にあることを物語っている。したがって、これを標準とする後説（すなわち殺人未遂の場合を243条の未遂とする説）が正しい。」（団藤・刑法各論・339ページ）ということになるのである。いわば、刑法240条の本質論に関連する主張であるが、これと併行して、刑罰権衡論の立場からする主張も有力である。すなわち、宮本博士の主張されるように、「未遂罪をして第243条の適用があるのは故意による致死未遂の場合のみである。……蓋し、もし反対に解するならば、致死の場合において、被害者が死亡したにかかわらず強盜未遂の故をもって刑を減輕し得る（中止犯の場合には減輕又は免除する）結果となるからである。」（宮本・大綱・364ページ）とするような主張である。傾聴に価する主張ではあるが、この点に関しては、先にも筆者の主張したように240条の解釈そのものについて、故意と過失を矛盾なく統合しえないという欠陥が存する。そこで筆者は、故意犯説でとらえるのが最も妥当であって、この場合の未遂は、強盜そのものが未遂の場合のみならず殺人についての未遂をも含むことになる、とするのである。そして、殺人を遂げることができなかった原因が、犯人の任意に基づくときは、強盜殺人の中止未遂であり、然らざる場合は障害未遂となる、とするのである。つまり、強盜殺人罪の未遂については、故意犯説によってのみ論理的必然として、説明が可能であるということになるのであり、かくしてこそ、243条の存在意義が全うされるということにもなるのである。

ところで判例は、先に挙げた大正11年12月22日の刑事連合部の判決で、

さらに語をついで、「強盜殺人ニ付テハ刑法第240条後段ノミヲ適用シ、其ノ未遂ニ付テハ併セテ第243条ヲ適用スルヲ以テ解釈上ノ論理ヲ一貫スルノミナラズ法精神ニ適合スルモノトス、之ト反対ノ解釈ヲ為スニ於テハ第243条ノ明文ヲ無視シ立法ノ精神ニ矛盾スルニ至ルベキガ故ニ採ルベカラズ」とし、243条の未遂罪は、強盜が殺意をもって人を殺害するに至らなかった場合だとして、解決を図ったのである。しかも、この判例が、現在もなお、踏襲されているのである。以上要するに、240条は、結果的加重犯説でも捉えきれないし、また、結果的加重犯と故意犯とを含む説でも十分に説明されえず、従って、故意犯説で捉えるのが最も妥当であるということになるのである。逆に裏をかえせば、強盜致死傷罪を刑法240条のみではまかないきれないという結果にもなろうかと考える。従って、改正刑法準備草案が、その344条において、強盜致死傷罪を規定し、345条において強盜殺人罪を規定したことは、その刑事学的要請を考慮に入れるまでもなく、これまでの学説・判例の動きを一步前進させたものとして、至極、当然のことといわねばならない。

しかし、筆者が強調したいのは、立法論ではあるが、更にもう一步を進めて、換言すれば、責任主義をさらにもう一步押し進めて、今次、改正準備草案が、強盜致死罪と強盜殺人罪とを法文上も科刑上も区別したごとく、¹⁾ 強盜致傷罪と強盜傷人罪についても、これを法文上並びに科刑上区別すべきではなかろうかという点である。そうすることによって、現行第240条を故意犯説で捉える事の意義をより一層明確にしようと考えるのである。筆者が、刑法240条の検討にあたって、あえて、「強盜致死傷罪」というテーマにしたのも、まさしく、この点の配慮からである。

- 1) 改正刑法準備草案第344条、第345条について、その量刑までも妥当なりとするのではない。この点は、後に詳述することとしよう。

(四) 強盜殺人の共犯

強盜殺人罪は故意犯であるから、その共犯は一般の共犯と全く同様に考

えてよいのであって、強盗殺人罪に特有な問題はない。即ち、甲乙共謀して強盗殺人をなしたときは強盗殺人罪の共同正犯であり、甲が乙を教唆して強盗殺人をなさしめたときは、甲は強盗殺人の教唆犯であり、甲が乙の強盗殺人行為を幫助した場合は甲は強盗殺人罪の従犯である。

何人も自己の認識した範囲外の事実について責任を負う必要はない。したがって、甲が乙に強盗を教唆したにかかわらず、乙が強盗致死の結果を発生せしめたときには、甲は強盗についてのみ責任を負えば足りる。いわゆる共犯と錯誤の一場面として解決すれば足りるのである。そしてこのことは、乙が強盗殺人の結果を発生せしめたときも同様である。乙のみ強盗殺人罪として処断され、甲は強盗罪をもって処断されるに止まる。

第240条を結果的加重犯の、あるいは結果的加重犯を含む規定であると解するにおいては、強盗致死の共犯ということをめぐって、極めて難しい問題が生ずるであろう。ここでは判例の立場について若干ふれておくことにする。

甲乙強盗を共謀し、甲は直接実行に出て、乙はその見張りをする。しかるに、甲は家人に暴行を加えている間に、誤って寝ている幼児を踏み殺してしまった。見張人乙の罪責はどうか。

判例によれば、右の場合、甲の行為が強盗致死罪となることは明らかである。問題は、致死の点について、予見又は予見可能性を欠く乙が、甲と同じく強盗致死罪の刑責を負わなくてはならないかである。判例は積極に解する。蓋し、強盗致死罪は結果的加重犯であるからである。しかも、判例は結果的加重犯の成立範囲について、単に条件主義的因果関係があれば足るとするからである。即ち、結果的加重犯においては、右甲が致死の結果について、予見ないし予見可能性がなかったとしても、強盗致死罪が成立するのであるから、共犯者乙が、予見ないし予見可能性を欠いていたとしても、同様に強盗致死罪の責任を免れないのである。つまり、強盗の共犯が成立するかぎり、他の者の行為から生じた致死傷の結果についても、その責任を負わなくてはならないのである。この法理は判例の一致してみ

とめるところである。¹⁾

しからば、右甲が、故意に家人を殺害した場合、即ち強盗殺人行為に出た場合であったならば、乙の罪責はどうであろうか。判例は、この場合も、乙に致死の結果について責任を認めている。²⁾ しかし、強盗致死の責任を認めているのか、強盗殺人の責任を認めているのか、やや明瞭を欠くが、故意のない者に故意犯の責任をみとめることはできないから、乙の負うのは強盗致死罪の責任であると考ええる。即ち、故意に、甲が家人を殺害したときは、甲につき強盗殺人、乙につき強盗致死がそれぞれ成立することになる。

結果的加重犯説をとるならば、右の結論は当然である。しかし、強盗の意思連絡のもとに、見張りをしていたにすぎない乙に、強盗致死罪の責任を負わしめることは苛酷ではなかろうか。判例によれば、乙が甲に対し、「殺してはならないぞ」といったときも、甲が殺害の結果を生ぜしめれば強盗致死罪の責任を免れないのであるから、³⁾ 乙は、極めて不利益であるといわなければならない。本条を結果的加重犯であると解しえない理由の一つがここにもある。

通説も、第240条を結果的加重犯と解するが、その成立範囲を過失説をもって画そうとしているから、多少問題を生ずる余地があろう。

甲乙強盗を共謀し、甲実行に出て乙見張をなし、その結果甲誤って幼児を踏み殺した、という右と同一の事例において、まず甲が強盗致死の責任を負わしめられるのは、甲が致死の結果を認識すべく、かつ、認識しえた場合にかぎられることはもちろんであるが、乙についてはどうであろうか。通説の立場をつらぬくならば、乙に強盗致死の責任を負わしめるためには、乙が甲の致死行為を認識しえた場合でなければならないと考えられる。甲のみ過失があれば足り、乙に過失のあるとないとは問わないとすることは、乙が他人の犯罪によって処罰されることになり、個人責任の原則に反する。

最後に、右甲乙がともに致死の結果を認識すべく、かつ、認識しえた場

合に、強盗致死罪の共同正犯なるものが認められるか、という問題がある。結果的加重犯は、いわば過失犯である。過失犯に共犯を認めないかぎり、結果的加重犯の共犯は認められないのではないだろうか。もし、第240条後段を結果的加重犯たる強盗致死罪の規定であるとするならば、右甲乙は過失犯の共同正犯を肯定する立場においては、共同正犯となるが、これを否定する立場（通説）においては、共同正犯とならないのではなかろうか。

右のように、論理的に不明瞭な点を残すゆえ、通説もまたこれを支持しえないとするならば、第240条を結果的加重犯の、あるいは結果的加重犯を含む規定であるとしてことなく、端的に、これを故意犯の規定であると解し、共犯の一般理論に還元して考えてゆく方がすぐれているのではないか、と考えるのである。

- 1) 大判・明治35年6月12日（刑録8・6・128ページ）、同明治35年9月29日（刑録8・8・94ページ）、同昭和9年5月17日（刑集13・634ページ）、同昭和10年6月25日（刑集14・732ページ）、最判・昭和22年11月5日（刑集1・1ページ）、同昭和23年4月17日（刑集2・4・384ページ）、同昭和26年3月27日（刑集5・4・686ページ）など。
- 2) 大判・明治42年6月8日（刑録15・728ページ）、最判・昭和23年11月4日（刑集2・12・1452ページ）、名古屋高判・昭和31年10月15日（特報3・20・982ページ）など。
- 3) 事案は、強盗傷人に関するものであるが、強盗致死の場合にも同様と考えられる。名古屋高判・昭和24年11月25日（特報6・79ページ）。